

ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA EN ARAS DE LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA *

MARTÍN ESTEBAN PAOLANTONIO

1. INTRODUCCIÓN

La idea de la conservación de la empresa consiste básicamente en la preservación de la unidad de decisión y producción económica ante las dificultades y su devolución —saneada— al circuito económico. Su origen relativamente reciente —poco más de medio siglo— nos muestra que es un típico producto del moderno derecho económico y del tan mentado proceso de socialización del derecho. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera¹; por el contrario la empresa no aparece más como una fortaleza privada del empresario individual, sino como algo que de alguna manera pertenece a todos, lo que quiere decir que el dinero del empresario no es lo único que se juega en la suerte de la empresa².

En el derecho concursal esta tendencia habrá de traducirse en la aparición de modernas legislaciones con nuevas soluciones para las empresas en dificultades.

Sin dejar de reconocer la existencia de anteriores antecedentes³, los mejores ejemplos de concreción legislativa de

* Ponencia presentada a las Segundas Jornadas de Derecho Concursal organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Octubre 1987.

¹ Cámara, Néstor, *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. 1, p. 88.

² Fajardí citado en Maffía, Osvaldo J., *Concurso*, p. 191.

³ Maffía, Osvaldo J., *Metamorfosis de un concepto: De la creación de*

este principio los encontramos a partir de 1980, año en que se creó la Comisión de Expertos nombrada por la Comisión Europea sobre Cooperación Jurídica (CDCJ) —organismo principal del Consejo de Europa en materia jurídica—.

Dicha comisión tuvo como objetivo expedirse sobre las prioridades de reformas concursales, concluyendo que la primera era la de establecer procedimientos tendientes a resolver las dificultades empresarias⁴.

Como producto de esta idea surgieron la ley austríaca de 1983; el anteproyecto español del mismo año⁵; el proyecto belga de 1984⁶ y las leyes francesa e inglesa de 1985⁷.

La nota común de estas legislaciones radica en su concepción de la quiebra como procedimiento residual y su preocupación por la recuperación de la empresa.

En el derecho argentino el principio de conservación de la empresa llega al ámbito concursal en 1973 con la ley 19.551, donde aparece como uno de los principios generales orientadores, con regulación normativa en el art. 182 y ss. bajo el acápite "Continuación de la empresa" (sustituido en 1983 por "Continuación de la explotación de la empresa").

En 1983 con la reforma de la ley 22.917 se refuerza el principio mediante la facilitación de la solución preventiva (p.ej., arts. 5° y 10), pero sin variar el sistema en lo sustancial.

2. NECESIDAD DE LA REFORMA

La legislación nacional en la materia se ha mostrado inoperante para efectivizar este importante principio, por las siguientes razones:

pagos a la crisis empresarial, LL, 1984-C-175. Este autor remonta la génesis del principio a 1933, con la Corporate reorganization en EE.UU. dando una completa reseña de antecedentes posteriores.

⁴ Dobson, *La reforma de 1985 del derecho concursal inglés*, RDCO, 1985-435.

⁵ Un completo análisis del anteproyecto en Vacas Medina, *La reforma del derecho concursal español*, RDCO, 1983-377.

⁶ Beltrán, *Nacia un derecho preconcursal: El proyecto de ley belga sobre empresa en dificultades*, RDCO, 1985-298.

⁷ Beltrán, *El nuevo derecho concursal francés (la ley del 25 de enero de 1985 relativa al "redressement" y la liquidación judicial de la empresa)*, RDCO, 1985-1. Dobson, *op. cit.* en nota 4.

a) Intervención judicial extemporánea

Conforme el art. 1° de la LC el estado de cesación de pagos es presupuesto para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional. Este estado, conceptualizado pacíficamente como la impotencia de un patrimonio para afrontar sus compromisos con sus caracteres de permanencia y generalidad, debe manifestarse por algún hecho revelador de dicha insuficiencia que lleve a la convicción judicial de que el deudor se encuentra en imposibilidad de pagar. Sintetizando, nuestro presupuesto concursal podría enunciarse como imposibilidad manifiesta de pagar.

Recordemos por otra parte que a pesar de la consagración legal de la llamada teoría amplia (arts. 85 y 86, LC), un altísimo porcentaje de los procesos se inician mediante la acreditación de un único hecho: la mora en el cumplimiento de una obligación (art. 86, inc. 2°); más aun, con incumplimientos de obligaciones dinerarias.

He aquí el primer inconveniente: manifestado el incumplimiento, será tarde; sólo un milagro (o-la ayuda estatal) podrá lograr que la continuación de la empresa (arts. 182 y 183, LC) se traduzca en su conservación. Por el contrario, la experiencia argentina nos muestra que a pesar del disfavor con que el legislador trató la enajenación singular —art. 198, inc. c— este procedimiento es por lejos el más utilizado⁸ con el agravante —como bien hizo notar el doctor Rivera en el caso "Sasetru"⁹— de que la empresa que desaparece no es reemplazada por otra. Por tanto, resulta necesario en aras de la efectivización de la conservación de la empresa, un cambio radical en el presupuesto objetivo, cambio que permita rescatar y reelaborar el derecho quebrario, pasando "del derecho de quiebra al derecho de las empresas en dificultades"¹⁰. Ello implica aceptar la últimamente común frase que el derecho de quiebra está en quiebra¹¹.

Esta afirmación es en mi opinión correcta, en una doble vertiente:

⁸ Trafflet, El artículo 198, inciso c, de la ley de concursos, LL, 1967-C-379.

⁹ La fundada disidencia del doctor Rivera puede verse en LL, 1968-B-658. Sobre este fallo volveremos.

¹⁰ Pailluza, Del derecho de quiebra al derecho de las empresas en dificultades, RDCO, 1984-658.

¹¹ Por todos, Cámara, Héctor, La falencia de la falencia, RDCO, 1986-393.

1) *Fáctica*. El derecho quebrario se ha visto superado por las circunstancias económicas, aumentando año a año las empresas sometidas a su normativa, lo que hace necesaria su reformulación. Sirven como ejemplo respecto de nuestro país los siguientes datos:

QUIEBRAS* (en cuatrales de junio 1987)			CONCURSOS* (en cuatrales de junio 1987)		
MONTO DE LOS PASIVOS			MONTO DE LOS PASIVOS		
Meses	1986	1987	Meses	1986	1987
Febrero	181.762	1.185.382	Febrero	2.326.061	25.322.726
Marzo	324.967	1.772.788	Marzo	2.246.973	41.125.362
Abril	492.227	688.622	Abril	15.228.599	54.780.895
Mayo	1.315.781	5.463.013	Mayo	5.862.367	40.041.751
Junio	42.517.698	2.539.710	Junio	8.851.688	22.768.813
Primer semestre	45.224.753	11.580.495	Primer semestre	49.627.666	245.029.493
NÚMERO DE EMPRESAS			NÚMERO DE EMPRESAS		
Febrero	18	43	Febrero	6	23
Marzo	27	48	Marzo	9	24
Abril	26	37	Abril	14	40
Mayo	22	49	Mayo	15	49
Junio	29	54	Junio	18	33
Primer semestre	113	231	Primer semestre	54	213

* Fuente, *Clarín Económico*, Julio de 1987.

Por otra parte, si bien no es el objeto de este trabajo proponer una reforma legislativa en los privilegios, no me cabe duda de que el actual sistema no sólo importa el medio más costoso de destruir riqueza, sino que a consecuencia de la extensa gama de créditos privilegiados, parecería que el objeto de la ley falencial es procurar una equitativa (?) distribución del activo entre unos pocos privilegiados. ¿Será por esto la común frase "la quiebra es un reparto de injusticias"? ¿Tendrá algún sentido actualmente hablar de la *pars conditio creditorum*?

2) *Ideológica*. La quiebra concebida originalmente para resolver conflictos de intereses privados (deudor-acreedores), donde el Estado sólo interviene para organizar, controlar, y si fuera el caso castigar al deudor ha pasado a tener un carácter eminentemente publicístico, ya que el poder público no ha podido permanecer ajeno a lo que se podría

llamar aspecto social de la falencia: disminución de la producción y el intercambio, y sobre todo el problema de la desocupación.

Reelaborar el derecho quebrario importa necesariamente una reformulación de su presupuesto objetivo de apertura, que procure un adelantamiento temporal respecto de la cesación de pagos.

Siguiendo la denominación del anteproyecto español de 1983, el nuevo presupuesto sería el estado de crisis, que es un concepto abierto que va más allá de la cesación de pagos, permitiendo la apertura, por ejemplo, en caso de ejercicios contables deficitarios, remoción de administradores, retiro de socios capitalistas importantes, y en general cualquier otra circunstancia que haga posible prever la futura insolvencia. Porque la insolvencia en sus distintas gamas sólo refleja un aspecto parcial de la patología de la empresa¹².

La conclusión sobre este punto radica en la conveniencia de progresar hacia un sistema que prevenga los desarreglos aun cuando éstos no se han producido interviniendo terapéuticamente (clínica, no quirúrgicamente), combinando el aspecto privatístico con el publicístico¹³.

b) Legitimación activa restringida para solicitar el concurso preventivo

Si bien en sus orígenes el acuerdo preventivo era considerado un beneficio para el deudor "honesto y desventurado", víctima del azar negocial, la evolución doctrinaria llevó a considerarlo —con razón— como un eficaz auxiliar para conservar y sanear las empresas.

Este instituto, introducido en nuestra legislación en 1903 (ley 4156), adolece de un defecto fundamental: la legitimación para solicitarlo sólo corresponde al deudor, con lo que su principal objeto se ve muchas veces frustrado. En efecto, lo normal es que el deudor —por optimista o por inconsciente— no vea el desastre —o al verlo arriesgue más de lo debido para obtener créditos usurarios— esperando que el devenir negocial solucione la crisis. Se trata de una parálisis

¹² Rojo, Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales, RDCO, 1981-389.

¹³ Pajardi, El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro, RDCO, 1982-179.

sis de percepción y de razonamiento, la "Bankruptcy neurosis" a que hace referencia el *Cork Report*¹⁴.

A fin de evitar esta circunstancia y procurar que el concurso preventivo sea un remedio eficaz para conservar la empresa y no una antesala —bastante extensa, por cierto— de la quiebra, se impone reformar la legitimación activa para solicitar el concurso preventivo, extendiéndola a los acreedores. Es ésta la solución de la ley inglesa de 1985, el anteproyecto español de 1983, la ley francesa de 1985 y la que más se adapta al carácter prioritariamente publicístico del derecho concursal.

Coherente con la consideración de la quiebra como procedimiento residual, utilizable sólo en casos extremos de empresas inviables, debería preverse la posibilidad del concurso preventivo como primera etapa necesaria del procedimiento¹⁵, situación que podría lograrse mediante la facultad judicial de convertir el pedido de quiebra en solicitud de apertura de concurso preventivo, como lo regula la ley inglesa de 1985.

c) Matiz subjetivo en la homologación del acuerdo

Conforme lo preceptuado por el art. 61, inc. 5º de la LC, uno de los criterios de valoración para la homologación es la conducta del deudor.

Entronca de esta forma nuestra normativa en la vieja concepción de considerar al concurso preventivo como un beneficio exclusivo para el deudor onesto e aventurado.

Este inciso —que importa la no distinción entre la empresa y el empresario— debe ser necesariamente eliminado. El merecimiento subjetivo en la homologación debe ser suplantado por uno objetivo que contemple la viabilidad de la empresa. Así lo entendieron los redactores de la ley belga de 1984, que en su Exposición de motivos dice: "no parece equitativo y es económicamente inoportuno hacer depender la continuación de la empresa de la conducta de la dirección". Se reconoce de esta manera la separación del hombre de la empresa, concepto que logra concreción legislativa por vez primera hace ya veinte años con la ley francesa de 1967.

¹⁴ *Cork Report*, p. 57, nº 208 y ss., citado por Pallaresu, op. cit. loc. cit. nota 11.

¹⁵ Cámara, op. cit. nota 1, vol. I, p. 162.

Esto no implica por supuesto, fomentar la conducta negligente o maliciosa de los empresarios. Simplemente, su eventual inconducta o negligencia no debe tener influencia en la suerte de la empresa¹⁶.

Coherente con la necesaria separación entre empresa-empresario, debe preverse la posibilidad de que, llegada la hipótesis de la homologación, el juez pueda designar en el mismo auto homologatorio, un administrador que reemplace al existente. Claro está, para aquellas hipótesis, que éstos hayan realizado actos negligentes o dolosos en su gestión¹⁷.

Para estas situaciones —y, genéricamente siempre que el concursado pierda la administración de su empresa— debe reformarse la sindicatura. Esta debe ser desempeñada por profesionales especializados, es decir por empresarios individuales o sociales, dedicados a la gestión y administración de empresas en dificultades. El síndico no puede ser sólo un contable o un economista ni mucho menos un abogado. Quien está en mejores condiciones para solucionar la crisis de la empresa es aquel empresario cuya actividad profesional consiste precisamente en reestructurar empresas en esta situación¹⁸. En situaciones difíciles, se necesita un verdadero "piloto de tormentas"¹⁹.

En nuestro medio, el profesional más idóneo es, sin duda el licenciado en administración²⁰.

¹⁶ Maffía propuso alguna vez que se decretara la quiebra personal a los administradores (Penencia a las Primeras Jornadas de Derecho Concursal). El sistema inglés de la Companies Act de 1985 prevé la responsabilidad personal por las deudas de la compañía.

¹⁷ El dilema que se le presenta al juez en la hipótesis homologatoria del art. 63 sólo puede tener adecuada solución eliminando la referencia a la conducta de la concursada. Jurisprudencialmente, en el caso "Sasstru" fue necesario llegar a la Corte para evitar la liquidación del grupo. En la Cámara, con la ya citada disidencia del doctor Rivera, el acuerdo resolutorio había sido desestimado.

¹⁸ Así lo expresa Rojo, *op. cit.* nota 12.

¹⁹ En la ley inglesa se lo denomina *insolvency practitioner* —experto en insolvencia—.

²⁰ Es dentro de las carreras de grado, la más adecuada, aunque insuficiente. Es de esperar que la reciente carrera de pagador en Sindicatura Concursal, sirva para optimizar la formación profesional de la sindicatura.

3. LÍMITES DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Es un hecho —así lo sostiene el *Rapport Sudreau*— que nuestra sociedad, alertada por ciertos conflictos recientes, tolera mal los despidos colectivos, sobre todo cuando suceden en forma inopinada y ponen en grave situación a centenares o millares de trabajadores, lo que afecta la vida de toda la colectividad.

Pero esta aseveración —que, con algunas reservas puede tomarse por cierta— no debe llevarnos al error de considerar al principio de conservación como un dogma absoluto.

Si bien el derecho concursal acepta cierta restricción de los derechos de determinados interesados (v.gr. los acreedores), no es lícito (arg. arts. 16 y 17, Const. Nacional) su sacrificio definitivo.

El límite del principio de conservación de la empresa está dado por su viabilidad, tanto en la homologación del acuerdo como en la continuación de la explotación.

Los acreedores no tienen por qué financiar, sin posibilidad de recuperación, empresas agonizantes. Mucho más valdría emplear ese dinero para otorgar líneas de crédito a empresas sanas²¹. Si el Estado considera necesaria la continuación de una empresa sin futuro (decisión que como principio es bastante dudosa) no corresponde a los acreedores sino a la comunidad en su conjunto soportar el costo económico de la decisión.

Volviendo al tema de la viabilidad o rentabilidad, he aquí algunos criterios útiles para su identificación práctica (por vía negativa).

a) Obsolescencia del bien o servicio a producir (fábrica de carretas).

b) Obsolescencia o atraso tecnológico.

c) Imposibilidad de autofinanciamiento a mediano plazo (es decir no poder remunerar sus factores de producción).

Pero ¿quién habrá de determinar la viabilidad? Para las pequeñas empresas la pericia de viabilidad podría realizarla el síndico. Para las grandes empresas sería conve-

²¹ Así opina Paillusseau, op. cit. nota 18.

niente encomendar el análisis del aspecto financiero a un auditor especializado en esta clase de problemas, y el análisis de la problemática comercial e industrial a un profesional altamente competente en el campo de la actividad y diagnóstico empresarial (administrador de empresas).

4. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, y en aras de tornar operativo el principio de conservación de la empresa, una futura reforma legislativa debería tomar en cuenta los siguientes aspectos:

a) Cambio del presupuesto objetivo concursal, de la cesación de pagos debe pasarse al estado de crisis, posibilitando de esta forma el adelantamiento temporal de la intervención judicial.

b) La legitimación activa para solicitar el remedio preventivo debe ser ampliada posibilitando la apertura a pedido del acreedor. Asimismo el concurso preventivo debe ser -apreciación judicial mediante- etapa necesaria del procedimiento.

c) Debe eliminarse todo matiz subjetivo en la homologación del acuerdo preventivo o resolutorio. La posibilidad de recuperación -criterio económico- es la única pauta válida en tal ocasión. Igual criterio para la continuación de la explotación de la empresa.

d) La sindicatura debe ser profesionalmente optimizada, reemplazando el síndico contador por un síndico administrador de empresas, tanto en los casos de continuación de la explotación como en aquellos que dentro del concurso preventivo permiten suplantar al concursado en la administración.

e) Para completar la necesaria separación entre la empresa y el empresario debe preverse la facultad judicial de suplantar al concursado en la administración durante el cumplimiento del acuerdo, en aquellos casos en que por su negligencia o dolo haya realizado actos perjudiciales para el patrimonio de la empresa.